



Kass.-Nr. AC040134/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 30. März 2005

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

Staatsanwaltschaft See / Oberland,

8090 Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. Markus Hohl

betreffend

grobe Verletzung der Verkehrsregeln

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2004 (SB040404/U/gk)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Anklageschrift der Bezirksanwaltschaft Uster vom 27. Oktober 2003 wirft dem Angeklagten vor, am 14. Juni 2002 um 22.45 Uhr auf der Zürichstrasse in Brütisellen mit seinem Motorrad Yamaha FZR 1000 die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h um 41 km/h (nach Abzug der Toleranz) überschritten zu haben.

2. Mit Urteil vom 23. März 2004 sprach der Einzelrichter des Bezirks Uster den Angeklagten der groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 32 Abs. 2 SVG und Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV schuldig. Der Einzelrichter bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 2'500.– und gewährte ihm die vorzeitige Löschung des Busseneintrages im Strafregister, falls er sich während einer Probezeit von 1 Jahr bewähren würde (vgl. OG act. 50).

3. Auf Berufung des Angeklagten hin bestätigte die II. Strafkammer des Obergerichts mit Urteil vom 28. September 2004 das erstinstanzliche Urteil im Schuldpunkt und reduzierte die Busse im Strafpunkt auf Fr. 1'200.– (ebenfalls unter Gewährung der vorzeitigen Löschung des Busseneintrages im Strafregister bei einer Probezeit von einem 1 Jahr) (vgl. OG act. 60 = KG act. 2).

4. Gegen das Urteil des Obergerichts erhob der Angeklagte (nachfolgend Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, welche er rechtzeitig angemeldet und begründet hat (vgl. KG act. 1 und 6).

5. Der Beschwerdeführer legte gegen das zweitinstanzliche Urteil keine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ein (vgl. KG act. 5).

6. Nach Einsichtnahme in die beigezogenen vorinstanzlichen Akten hat das Kassationsgericht in Anwendung von § 433 Abs. 1 StPO auf die Einholung einer Vernehmlassung bei der Vorinstanz und die Anhörung der Gegenpartei verzichtet.

7. Das Vorliegen eines allenfalls vorhandenen Nichtigkeitsgrundes muss in der Beschwerdeschrift selbst nachgewiesen werden (vgl. § 430 Abs. 2 StPO). Dies bedingt, dass sich die Beschwerde führende Partei konkret mit dem ange-

fochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen Erwägungen auseinandersetzt und aufzeigt, weshalb der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund besteht. Es genügt nicht, in der Beschwerdeschrift einfach eine eigene (naturgemäss) gegenteilige Sicht der Dinge aufzuzeigen und derjenigen des Sachrichters gegenüberzustellen, wie dies in einem appellatorischen Verfahren mit freier Rechts- und Tatsachenüberprüfung möglich wäre. Ebenso wenig genügt der allgemeine Hinweis auf frühere Vorbringen. In der Beschwerdebegründung sind statt dessen die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Auch bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien gilt, dass wenigstens ansatzweise eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid erfolgen muss. Sodann muss der Beschwerdebegründung eindeutig entnommen werden können, welche Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden. Der Kassationsinstanz ist es verwehrt, nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Die unangefochten gebliebenen Entscheidgründe des vorinstanzlichen Richters haben im Kassationsverfahren Bestand, und die Kassationsinstanz darf die Tatsachenbehauptungen in der Beschwerde nicht von sich aus ergänzen (ZR 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; vgl. weiter SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO ZH, Zürich 1996, N 32 zu § 430; VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16ff.). Die Nicht-Erfüllung der Begründungsanforderungen hat zur Folge, dass auf die entsprechenden Beschwerdepunkte nicht eingetreten werden kann.

8. a) Aufgrund der Beanstandungen in der Beschwerde - es geht vor allem darum, ob die beiden Polizeibeamten die Geschwindigkeitskontrolle gemäss den technischen Weisungen des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (kurz: UVEK) über Geschwindigkeitskontrollen im Strassenverkehr vom 10. August 1998 durchgeführt hatten - drängen sich vorab die folgenden Erwägungen auf:

Die Weisungen des UVEK (vgl. OG act. 5, nicht akturiert a.E. des Dossiers mit den Untersuchungsakten) stützen sich auf Art. 133 der Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (kurz: VZV). Sie richten sich an die für den Strassenverkehr zuständigen Direktionen der Kantone mit dem Ersuchen, die Polizeiorgane anzuweisen, inskünftig bei Geschwindigkeitskontrollen entsprechend vorzugehen (vgl. ZR 93 Nr. 20; zuletzt: Kass.-Nr. 2001/293 S, Beschluss vom 15. Januar 2002, in Sachen K., E. II/6/2). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts fallen diese Weisungen des UVEK nicht unter den Begriff des eidgenössischen Rechts im Sinne von Art. 269 Abs. 1 BStP. Mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde kann folglich nicht geltend gemacht werden, die Geschwindigkeitsmessung sei nicht entsprechend den Weisungen vorgenommen worden (vgl. ZR 93 Nr. 20 und dortige Belegstellen).

Die Weisungen des UVEK werden wie eine Verwaltungsverordnung (auch generelle Dienstanweisungen genannt) behandelt, die - im Gegensatz zu Rechtsverordnungen - keine Pflichten oder Rechte der Bürger statuieren. Die Verletzung einer Verwaltungsverordnung kann der Bürger grundsätzlich nicht mit Rechtsmitteln geltend machen (vgl. ZR 93 Nr. 20 und dortige Belegstellen, zu den Ausnahmen: HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich u.a. 2002, N 129). Auch im Rahmen der Beweiswürdigung kann nicht geprüft werden, ob die Geschwindigkeitsmessungen gemäss den Weisungen des UVEK durchgeführt wurden. Eine solche Prüfung würde den Weisungen Gesetzeskraft im materiellen Sinne verleihen, welche ihnen als Verwaltungsverordnung aber gerade nicht zukommt. Der Richter würde mithin im Rahmen der Beweiswürdigung "Rechtsanwendung" einer internen Weisung einer Verwaltungsbehörde betreiben. Dienstanweisungen an eine Verwaltungsbehörde binden den Richter jedoch nicht. Abgesehen davon hat der Richter nach Art. 249 BStP die Beweise frei zu würdigen (vgl. ZR 93 Nr. 20).

Der Richter kann somit auch bei einer Geschwindigkeitsmessung, die nicht nach den Weisungen des UVEK vorgenommen wurde, in willkürfreier Beweiswürdigung zum Ergebnis gelangen, der Fahrzeuglenker sei tatsächlich so schnell

gefahren, wie die (nicht den Weisungen entsprechende) Messung ergeben hat. Das Bundesgericht hat in einem nicht publizierten Entscheid sogar erwogen, es könne nicht von einer willkürlichen Beweiswürdigung gesprochen werden, wenn drei erfahrene Polizeibeamte als Zeugen ohne technische Hilfsmittel übereinstimmend eine massive Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit feststellten. Das Abstellen auf deren Geschwindigkeitsschätzungen im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung (Art. 249 BStP) war in jenem Fall im Hinblick auf das Willkürverbot (Art. 4 aBV) und den Grundsatz in dubio pro reo (Art. 6 Ziff. 2 EMRK) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dabei war unbeachtlich, dass in den (damals gültigen) Weisungen des EJPD vom 28. Juni 1984 Geschwindigkeitseinschätzungen durch Polizeibeamte nicht als Beweismittel aufgeführt waren (ZR 93 Nr. 20 unter Hinweis auf Urteile des Bundesgerichts vom 17. April 1991 in Sachen V. und 3. Mai 1990 in Sachen B.H.).

Soweit daher im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde einzig geltend gemacht wird, die Geschwindigkeitsmessung sei willkürlich und verletze den Grundsatz in dubio pro reo, weil sie den Weisungen des UVEK nicht entsprochen habe, kann nach der eben dargelegten Rechtsprechung nicht auf einen Nichtigkeitsgrund geschlossen werden (vgl. ZR 93 Nr. 20).

Nach dem Gesagten waren die Vorderrichter nicht an die Weisungen gebunden. Das bedeutet aber nicht - wie es der Vollständigkeit halber anzufügen gilt -, dass im Rahmen der (freien) Beweiswürdigung nicht hätte mitberücksichtigt werden dürfen, ob bzw. inwieweit den Weisungen im konkreten Fall nachgelebt wurde. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführer ein nicht weisungsgemässes Verhalten der Polizeibeamten monierte, und die Vorderrichter in Nachachtung des Gehörsanspruches auf die Argumentation einzugehen hatten.

b) Konkret bemängelt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift, dass das Messprotokoll von PS Sara Glaus der Kantonspolizei Zürich ausgefüllt worden sei. Seiner (zumindest sinngemäss verstandenen) Auffassung nach hätte der zum Messfunktionär ausgebildete Gfr Marcel Studacher das Protokoll führen bzw. ausfüllen müssen. Er - der Beschwerdeführer - sehe ein, dass dieser Umstand mit der eigentlichen Geschwindigkeitsmessung nichts zu tun habe. Immer-

hin liege aber ein nicht weisungsgemässes Handeln der an der Geschwindigkeitskontrolle beteiligten Beamten vor, was auch das Obergericht hätte bemerken müssen (KG act. 1 S. 1, Abschnitte 1 und 2; S. 3 oben). Weiter hätten nach dem Dafürhalten des Beschwerdeführers die nach der Messung von ihm geäusserten Zweifel am Messresultat zu einer erneuten Überprüfung des Messgerätes im Sinne von Ziffer 4.6 der Weisung führen müssen (KG act. 1 S. 1, Abschnitte 2 und 3; S. 2 oben). Auch seien weisungswidrig die Korrekturen auf dem Messprotokoll nicht mit Visum und Datum versehen worden (vgl. KG act. 1 S. 3). Sodann weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass keine (Video-)Aufnahme vom entscheidenden Moment der fraglichen Geschwindigkeitsüberschreitung existiere, und hält dafür, dass der Beweis ohne Videoaufzeichnung nicht erbracht werden könne bzw. er in Nachachtung des Grundsatzes in dubio pro reo unter diesen Umständen hätte freigesprochen werden müssen (vgl. KG act. 1 S. 1/2 und S. 3 a.E.).

c) Die Beschwerdevorbringen (KG act. 1 S. 1-3) laufen - wie einleitend bereits erwähnt - zumindest der Sache nach auf die Hauptrüge hinaus, der Anklagesachverhalt hätte nicht als erstellt betrachtet werden dürfen, weil bei der Geschwindigkeitskontrolle die Weisungen des UVEK in verschiedener Hinsicht nicht eingehalten worden seien. Wird (wie gesagt) als einziger Nichtigkeitsgrund geltend gemacht, die Weisungen seien nicht eingehalten worden, kann von vornherein nicht auf einen Nichtigkeitsgrund geschlossen werden. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde in den entsprechenden Punkten. Da letztlich aber nicht mit ausreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sich die Einwände in der eben umschriebenen Hauptrüge erschöpfen, drängen sich die folgenden Ergänzungen auf.

aa) Der Beschwerdeführer legt nicht näher dar, dass eine Weisung existiert, wonach nur der Messfunktionär (Gfr Marcel Studacher) selber das Messprotokoll hätte führen dürfen. Aus Ziffer 2.1 der Weisungen des UVEK lässt sich solches jedenfalls nicht ableiten. Dort wird lediglich gesagt, dass die Aufstellung und Einrichtung der Mess- und Zusatzgeräte durch einen (speziell ausgebildeten) polizeilichen Funktionär zu erfolgen hat. Dass der Messfunktionär und der Protokollführer die gleiche Person sein muss, ergibt sich auch nicht aus Ziffer 8.1.4 der Wei-

sung (vgl. auch Ziffer 4.4 der Weisung). Aufgrund des Umstandes, dass PS Sara Glaus das Messprotokoll führte, kann somit nicht auf ein weisungswidriges Handeln der an der Geschwindigkeitskontrolle beteiligten Polizeibeamten geschlossen werden.

bb) Sodann legt der Beschwerdeführer auch nicht näher dar, aus welchen Gründen die beteiligten Beamten *ernsthafte* Zweifel an der Messgenauigkeit hätten haben müssen. Der blosser Hinweis auf frühere Vorbringen vermag wie gesagt den formellen Anforderungen an eine Beschwerdebegründung nicht zu genügen. Dass der Beschwerdeführer nach der Messung das Resultat nicht wahrhaben wollte und er dies auch so kundgetan hat, bedeutet jedenfalls noch nicht, dass die Polizeibeamten ernsthafte Zweifel an der Messgenauigkeit hätten hegen und nach Ziff. 4.6 der Weisung eine erneute Überprüfung des Gerätes (im Sinne von Ziffer. 4.2.1 der Weisung) vornehmen müssen.

cc) Es trifft zu - und das hat auch die Vorinstanz so gesehen (vgl. KG act. 2 S. 4-5) -, dass auf dem Messprotokoll (OG act. 5/14/7) ein "Fehleintrag" zu erkennen ist. In der Spalte "SB" (Sachbearbeiter) des Protokolls wurde zunächst ein grosses "S" eingetragen, das mit einem "G" überschrieben und mit den drei Buchstaben "sar" ergänzt worden ist. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Korrektur im Sinne von Ziffer 4.4 der Weisung, welche durch den Protokollführer (PS Sara Glaus) mit Visum um Datum hätte versehen werden müssen. Eine eigentliche Korrektur-Eintragung hätte z.B. dann vorgelegen, wenn das Kürzel eines Berufskollegen (ganz) durchgestrichen und/oder überschrieben worden wäre. Hier ist der Protokollführerin aber offensichtlich lediglich ein kleiner Verschieb unterlaufen, welcher nicht visiert und datiert zu werden brauchte. Mithin ist die Auffassung des Obergerichts, dieses überschriebene "S" stelle keinen zur Unverwertbarkeit des Protokolls führenden Formfehler dar, zumindest im Ergebnis zutreffend.

Damit kann die Frage, ob ein nicht weisungsgemässes Vorgehen der Polizeibeamten bei der Führung des Messprotokolls überhaupt zur Unverwertbarkeit des Protokolls führen kann - die Weisung des UVEK stellt kein Gesetz im materiellen Sinne dar - offen bleiben.

dd) Mithin ergibt sich, dass auch unter den eben dargelegten Gesichtspunkten nicht auf einen Nichtigkeitsgrund geschlossen werden kann, soweit die Einwände nicht ohnehin auf die einleitend behandelte Hauptrüge hinauslaufen.

9. a) Der Beschwerdeführer erklärt weiter, er empfinde die Äusserungen des Obergerichts über sein "Motiv" und seine "Einsicht" als unzumutbar, so lange die ihm zur Last gelegte Tat nicht bewiesen sei (vgl. KG act. 1 S. 2).

b) Die fraglichen Überlegungen stellte das Obergericht im Rahmen der Strafzumessung an (vgl. KG act. 2 S. 9f.), nachdem es gestützt auf das Beweisergebnis die angeklagte Geschwindigkeitsüberschreitung als erwiesen ansah (vgl. KG act. 2 S. 8). Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden.

10. Soweit der Beschwerdeführer die Gewichtung der Strafzumessungsfaktoren durch die Vorinstanz bemängeln möchte (vgl. KG act. 1 S. 2), kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Es geht dabei um Fragen, welche ausschliesslich vom Bundesrecht geregelt werden (vgl. Art. 63ff. StGB). Dahingehende Rügen können mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationshof des Bundesgerichts erhoben werden (vgl. Art. 268, 269 und 275 Abs. 1 BStP), weshalb sie im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu prüfen sind (vgl. § 430b Abs. 1 StGB). Die tatsächlichen Annahmen, welche den vorinstanzlichen Erwägungen zur Strafzumessung zugrunde liegen, ficht der Beschwerdeführer nicht - jedenfalls nicht ausreichend substantiiert - an.

11. a) Ferner bringt der Beschwerdeführer vor, er sei nicht bereit, die Kosten der zeitweiligen amtlichen Verteidigung zu übernehmen. "Ich", so der Beschwerdeführer wörtlich, "habe die unentgeltliche Verteidigung beantragt und als sie mir zur Verfügung gestellt wurde, auch als solche, nämlich unentgeltlich, aufgefasst und entgegen genommen, bis ich erfahren habe, dass dem nicht so war und ich den Verteidiger wieder entliess." (vgl. KG act. 1 S. 2 unten).

b) Auf Antrag des die Untersuchung führenden Bezirksanwalts hin bestellte der Präsident des Bezirksgerichts Uster mit Verfügung vom 9. Januar 2003 RA lic.iur. Guido Vogel als amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers (vgl. OG

act. 5/27/1). Mit Verfügung vom 28. April 2003 (vgl. OG act. 5/36/5) entliess der Präsident des Bezirksgerichts Uster den amtlichen Verteidiger, da er die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung im Sinne von § 11 Abs. 2 StPO nicht mehr als erfüllt ansah. Liegt - allenfalls nur während einer gewissen Phase des Verfahrens - ein Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von § 11 Abs. 2 StPO vor, hat der Angeschuldigte - selbst wenn er die Notwendigkeit einer rechtskundigen Verteidigung verneinen sollte - zwingend anwaltlich verteidigt zu sein. Der Präsident des Bezirksgerichts Uster war daher gehalten, dem Beschwerdeführer in Nachachtung der staatlichen Fürsorgepflicht von Amtes wegen einen amtlichen Verteidiger zu bestellen. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung bildet sodann Bestandteil der Gerichtskosten (vgl. § 201 Ziff. 2 GVG; vgl. HAUSER/SCHWE-RI, Kommentar GVG ZH, Zürich 2002, N 53 zu § 201; vgl. SCHMID, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 1 zu § 188). Als solche darf und muss sie in Anwendung der allgemeinen Regel zur Kostenaufgabe (vgl. §§ 396a, 188 Abs. 1 StPO) dem unterliegenden Angeklagten auferlegt werden. Die Überbindung der Kosten der (zeitweiligen) amtlichen Verteidigung an den Beschwerdeführer ist daher nicht zu beanstanden.

12. Schliesslich beantragt der Beschwerdeführer (eventualiter) die Löschung des Busseneintrages im Strafregister (vgl. KG act. 1 S 2 unten). Das Kassationsgericht ist im vorliegenden Fall nicht befugt, die Löschung im Strafregister anzuordnen (vgl. § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 22 Abs. 1 StVG). Mangels Zuständigkeit kann auf den Antrag daher nicht eingetreten werden.

13. Weitere Vorbringen, welche hinreichend konkret die Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes erkennen lassen, können der Eingabe nicht entnommen werden.

14. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund darzutun vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

15. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem unterliegenden Beschwerdeführer auferlegt (vgl. § 396a StPO). Aufgrund seiner finanziellen Situa-

tion sind sie jedoch (mit der Vorinstanz) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. KG act. 2. S. 10f.).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 600.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 210.-- Schreibgebühren,
Fr. 95.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge Uneinbringlichkeit einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter in Strafsachen des Bezirksgerichtes Uster und das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Bereich Administrativmassnahmen, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: